

تحول الفقهاء الإسلاميين

بإستاذ الحاج أحمد البوعياشي

فإذا لم توجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

فوضع مبادئ الشريعة الإسلامية في هذه المادة على هامش القوانين المطبقة ، هو الذى أوحى بهذا السؤال المحير .

ولاجل ازالة الحيرة ، لا بد لنا من مسطرة تدوين التشريع الإسلامى في عهده الاول ، ثم القاء نظرة عن تطوره ، باعثناء فقهاء التشريع الذين زخر بهم المحيط الإسلامى ، فأوسعوه تنقيبا وتنويها ، حتى شمل العرف المحكم ، الذى أعطى له المشرع الإسلامى الرسمى بالمغرب درجة الاعتبار ، موازية للراجح والمشهور من أقوال أئمة المذهب ، واعتمده رسميا بوصفه له صلاحية تقرير الزام القوانين ، لحماية الحقوق الطبيعية للامة ، التى هى سلطة العدالة الاجتماعية .

المذاهب وتدوين التشريع :

الواقع أن تدوين التشريع عموما ، بلغ درجته المتقنة ، باعثناء اصحاب المذاهب الاربعة : مالك ابن انس امام دار الهجرة ، ومحمد بن ادریس الشافعى القرشى ، وابى حنيفة النعمان بن ثابت ، وابى عبد الله احمد بن حنبل ، وهؤلاء الاربعة يعتبرون اساطين التشريع الإسلامى ، الذين استنبطوا احكاما تسامر التطور البشرى ، فقد خلفوا تراثا مهما بما قاموا به من تتبع المصادر التشريعية الاصلية المنبعية ووسعوا شموليتها للاقتضية ، واستنبطوا لها احكاما لا تتضارب واصولها ، وكان لهم في الاجتهاد والقياس باع طويل فإذا كانت احكام العبادات مروية بحرفيتها لا تقبل التأويل ، لأنها تعبدية ، ولا مجال للتفكير في تحويرها

لو لم يستدبر جيلنا ما استقبلته اجيال اجدادنا من الاعناء بالفقهاء الإسلامى ، لما كانت لنا مندوحة ، ان نعنون هذا البحث بالشمولية ، لانه من ذلك العهد لم تكن حاجة لاثارة الاهتمام بهذه الشمولية ، لأنها كانت واقع الحياة ، بل كانت بلغت الى افتراض قضايا وهمية ، عينت لها احكام تقديرية لو حدثت .

اما وقد ابتعدت الشقة ما بين المصادر التشريعية الإسلامية ، وبين السيل الجارف من القوانين الوضعية المقتبسة من غرنا ، فان العنوان فرض نفسه ، وعلى الاقطار الإسلامية ان تعيد النظر في تقييم التراث الزاخر ، والاعتناء بتبويبه واختيار الاصلح في كل آرائه ، ومزجه بالنظريات الحديثة التى لا تصادم التشريع الإسلامى ، وذلك من السهولة ، اذا جندت العزائم ، لثراء المادة الاصلية بالثرة الكثيرة ، بما فيها القواعد الشمولية ، التى انبنى عليها التشريع الإسلامى ، استيعابا للحياة العامة ، وحفاظا على الاخلاق الطبيعية .

وفيهما يكمن الجواب عن السؤال الذى يشغل البال ، وهو هل الفقهاء الإسلامى يسامر التطور ، ويستوعب قضايا الحياة من دون ان يعرقلها اقتصاديا على الأقل .

وهذا السؤال يتراءى واضحا من خلال مواد القوانين المقتبسة عن القانون الاوربى ، وبالضبط من القانون الفرنسى ، اذ وضعت مرتبة الفقهاء الإسلامى في القائمة الثالثة ، فقد جاء في المادة الاولى من القانونين المدنيين : المصرى والسورى « انه اذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ،

مرسلة أى مطلقة ، لم يرد فيها عن الشارع دليل لاعتبارها أو الغائها وبالإستقراء نجد أن كثيرا من القضايا تستجد ولم يشرع لها الشارع أحكاما ، ولم تتحقق فيها علة اعتبرها الشارع لحكم من أحكامه ، ومع ذلك فإن تشريع حكم جديد فيها قد يترتب عنه رفع ضرر أو جلب منفعة ، فيتمتع المصير اليه (8) ومن هذا القبيل جمع الصحابة لسور القرآن بمصحف واحد ، وتدوين الدواوين ، وتنظيم الإدارة العامة ، ويكون من هذا القبيل تنظيم اختصاصات القضاء بالنسبة للجرائم وغيرها .

3 - عمل أهل المدينة :

أخذ به الإمام مالك ، واعتماده (9) لهذا الدليل قد وسع آفاق التشريع بصورة مفيدة ، لأنه الأصل في اعتماد الأعراف وما جرى به العمل (10) بشرط أن لا يحل حراما أو يحرم حلالا ، وأن لا يتصادم مع أصول التشريع المتقدمة ، وقد بنى على هذه الحجة الفقه المغربي كثيرا من الأحكام ، وألفت فيه مؤلفات مستقلة ، سميت تارة بالعمل المطلق ، وأحيانا بالعمل القاسى ، وكلاهما مأخوذ من أعراف الناس ، جمع عرف (11) .

4 - الاستصحاب :

عرفه الأصوليون من المالكية بأنه جعل الأمر الثابت باقيا الى الحال ، حتى يقوم دليل على تغييره كالحكم ببقاء النكاح الثابت لعقد صحيح حتى يقوم دليل شرعى على ما يزيله .

5 - سد الذرائع :

والذريعة ما يتذرع به من الوسائل للوصول الى غاية غير مشروعة ، وذلك كحفر الآبار في طريق عمومية للمسلمين اذا علم وقوعهم فيها أو ظن الوقوع ، فتمنع هذه الآبار سدا للذريعة .

ومما تقدم يظهر أن هذه المصادر ، يشارك فيها اغلب أئمة المذاهب الأربعة ، إلا أن جلها حجة عند المالكية بالدرجة الأولى ، والبعض منها حجة عند الحنفية وعند الإمام الشافعى (12) ، الذى حدد مذهبه في المأثور عنه الآتى :

الأصل قرآن وسنة ، فإن لم يكن فقياس عليهما ، وإذا اتصل الحديث عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) وصحبه

بإدخال تحسينات عليها ، فإن المعاملات والجنايات وغيرها مما تحدث قد وجدت تفههما عند هؤلاء الأساطين . وقد استعملوا جهد الإمكان الفكر والتنقيب ، للتوصل الى نتائج حسنة مفيدة ، كانت حتمية لاستعمال الطاقة العقلية لغاية هى ضرورة للحياة البشرية .

وهذا التوسع فى أحداث أحكام للاقضية ، قد جاء عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فى جملة عامة سليمة وهو قوله (صلى الله عليه وسلم) « أنتم أعلم بشؤون دينكم » (1) .

وهذه الجملة صريحة فى التفكير لوضع تشريع يحدد قواعد لأمور الدنيا ، وهذه القواعد قد حرص الأئمة الأربعة المذكورون أن يرجعوها الى قواعد ثابتة ، فمنها الاجتهاد (2) والقياس (3) كما أثرنا ، ومنها قواعد أخرى أخذ كل واحد منهم منحى فيها يتلاءم مع مشربه فى التفكير ، وقد ينشأ عن ذلك خلاف فى آرائهم ولكن كل ذلك لغاية اجتهادية لها محاسنها فى توسيع دائرة التشريع ، فقد عثر هؤلاء الأئمة على مصادر أخرى للتشريع ، وضعوها أساسا للأحكام ، حسب مشرب كل واحد منهم ، فكان من ذلك مثلا :

1 - الاستحسان :

فالاستحسان هذا طريق من طرق الاجتهاد بالرأى من دون الرجوع الى النصوص المتقدمة ، القرآن والسنة والاجماع والقياس ، وقد اعتمده الحنفية (4) ، وهو عبارة عن اتباع الشيء الحسن من الحسيات والمعنويات ، وقد عرفه الأصوليون ، بأنه ترجيح دليل على دليل يعارضه بمرجح معتبر شرعا ، وهو إما أن يكون عدولا عن قياس ظاهر الى قياس خفى (5) ، وذلك مثل قولهم لا تدخل فى وقف الاراضى الزراعية حقوقها المجردة دون ذكرها قياسا ، ولكنها تدخل استحسانا ، فالقياس الظاهرى يقتضى قياس المسألة على عقد البيع ، والخفى يقتضى قياس المسألة ، على الإجارة التى الغرض منها الانتفاع من الرقبة ، وإما أن يكون عدولا عن نص عام الى نص خاص ، كتخصيص السارق فى عام المجاعة بعدم القطع ، من قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » بنص قوله تعالى « فمن اضطر غير بـاغ ولا عاد فلا اثم عليه » (6) .

2 - المصالح المرسلة أو الاستصلاح :

اعتمد المالكية المصالح المرسلة (7) ومعنى

الاسناد فهو سنة ، والاجماع اكبر من الخبر المفرد ، والحديث على ظاهره ، واذا احتمل معاني فما أشبه منها ظاهره اولاهها به ، واذا تكافأت الاحاديث فاصحها اسنادا اولاهها ، وليس المنقطع بشيء ما عدا منقطع ابن المسيب ، ولا يقاس أصل على أصل ، ولا يقال للأصل لم وكيف ؟ وانما يقال للفرع لم ؟ فاذا صح قياسه على الأصل صح وقامت به حجة ، واما الامام أحمد بن حنبل ، فقد دون مذهبه في كتابه المعروف « بمسند الامام أحمد » ، وقد اشتهر بالابتعاد عن الرأي ، ومن فطاحل اتباع مذهبه شيخ الاسلام ابن تيمية ، وابن القيم الجوزية (13) ، ومن المتأخرين ، محمد بن عبد الوهاب النجدي امام الوهابيين .

اعتماد مذهب مالك في المغرب :

هذا مجمل آراء تلك المذاهب ، الا انه لاجل أن نعرف مدى قيمة هذا التدوين في سد حاجة التشريع ، فانه لا بد من القاء نظرة على انتشار بعضها في الاتاق التي اعتمد فيها اعتمادا جعله تشريعا من الدرجة الاولى ، لان الامة جمعاء بها فيها اولو الامر تلقته بالقبول لدينها ودينها .

فمذهب مالك الذي نقل الى المغرب وانتشر ، اعتبر تشريعا رسميا بعد ما قدر له أن يعم المغرب والاندلس ، بفضل كتابه الموطأ الذي يعتبر من اوائل الكتب التي الفت في الحديث والفقه ، والذي نقل الى الاندلس بواسطة عالم من علماء المغرب الافذاذ ، وهو يحيى بن يحيى الليثي ، نسب الى بني ليث بالولاء ، والا فهو مغربي بربري من قبائل مسمودة طنجة (14) ، رحل الى المدينة وسمع عن مالك رضي الله عنه كتاب الموطأ ، ثم رحل الى مكة المكرمة ، ثم الى مصر وسمع من الليث بن سعيد ، وابن وهب ، وابن القاسم ، ورجع الى الاندلس ، حيث نشر احاديث الموطأ وفقهه ، واعتبر الليثي هذا عالم الاندلس الاوحد والمبرز فيه ، حتى خطب وده امير الاندلس عبد الرحمن بن الحكم الاموي ، وقربه اليه وجعله مقبول القول لديه ، فيسمى القضاة ، فكان لا يولي قاضيا الا بمشورته ، ولا يشير الا بأصحابه في مذهب مالك (15) ، وذلك ما جعل الفقهاء يعتقدون هذا المذهب ، ويعتبرونه المصدر الوحيد لأحكامهم ، حتى انتشر في الجناح الغربي للامة العربية ، وكما فعل بالذات قاضي القضاة أبو يوسف

الحنفي (16) ، الذي كان سببا في انتشار المذهب الحنفي بالجناح الشرقي ، واذا كان المغرب والاندلس في ذلك الوقت تجمعهما وحدة اللغة والدين والمصالح المشتركة احيانا ، وتظللهما راية واحدة احيانا اخرى ، فان المغرب تأثر بهذا المذهب الذي يعتبر حصيلة تشريعية مرنة وسرعان ما انتشر كتاب الموطأ ، وكان من حسن حظه انه تعزز بكتاب آخر مبسط منقول عن الامام مالك وتلاميذه ، حوى ستة وثلاثين الف مسألة ، ذلك هو كتاب المدونة للعالم التونسي اسد بن الفرات النيسبوري اصلا ، التونسي الذي فضلا عن امتثاقه الحسام لقيادة الحملة لفتح جزيرة صقلية عام 212 هجرية ، فانه لم يتوان أن يرحل الى المدينة المنورة لينقل عن الامام مالك ، كما عرج على مصر ليسمع من تلاميذه ، كابن القاسم وأصبغ وغيرهما حسبما سمعوه عنه أو اجتهدا منهم على منحا ، وبعد ما رجع الى القيروان ، اخذها عنه عالم من علماء المغرب وهو الامام سحنون ، ثم هذبها وبوبها بعد ما رحل بها الى مصر ، وعرضها على ابن القاسم ، ثم رجع الى القيروان ، ومنها نقلت الى الاندلس فالمغرب ، اذ اصبحت مصفرا تشريعا على طريقة مذهب الامام مالك التي امتزجت بآراء تلاميذه كابن القاسم ، وعبد الله بن وهب وأشهب ، وعبد الله ابن الحكم .

هل باب الاجتهاد مسدود ؟ :

بممارسة كتب الفقه الاسلامي المتداولة بما فيها كتب النوازل والمتون ، يلاحظ أن أصل المذاهب تولدت عنها آراء في الفقه يخيل أنها ابتعدت عن تلك الاصول وانها ادت الى تمزيقها حتى قال بعض الظرفاء :

لقد مزقت قلبي سهام جفونها

كما مزق اللخمى مذهب مالك

والحقيقة أن تشعب تلك الاقوال كان لصالح الشمولية ، لتستوعب قضايا الحياة ، حيث يجد المشرع الرسمي امامه فتاوى يختار من بينها ما يلزم تطور الحياة المتأثرة بتطور الامة ، وليس ذلك انحطاطا في التشريع بعد العصر العباسي الذي كان ازهى عصور الاسلام في التشريع كما قيل ذلك .

على أن تشعب الاقوال هذه ليست سمة الفقه الاسلامي فقط ، بل حتى فقهاء الحقوق الطبيعية قيل فيهم (بأنهم في بحثهم عن قوانين الطبيعة يعتمدون على

« يوصيكم الله في أولادكم ، للذكر مثل حظ الأنثيين »
وعقوبة الزنى والقتل العمد والردة وغيرها .

أما ما عدا ذلك من المعاملات العادية فانه اذا كانت الاقطار الاسلامية خرجت عن التشريع الاسلامي اساسا باعتمادها للقوانين المقتبسة من قوانين الاوربيين ، فان البحث في الخروج عن مذهب اسلامي الى مذهب اسلامي آخر يكون مدعاة للسخرية .

على ان الخروج من المذهب المقلد (بالفتح) الى مذهب آخر ليس بدعا في الفقه المالكي الاصيل ، فهذا يحيى الليثي الذي تبنى مذهب مالك وكان له الفضل الاول في نشره بالاندلس والمغرب ، كان اول من ثار على ذلك المذهب ، فخرج عنه في قضية ظهر له ان الافتاء بما في هذا المذهب لا يؤدي القصد الشرعي الحقيقي ، فافتى لامير الاندلس الذي وقع على جاريته في رمضان ان يصوم شهرين متتابعين ليس الا (19) .

مع ان المعلوم من المذهب المالكي الاختيار بين الصوم وعق رقبة واطعام ستين مسكينا ، ولما سئل في ذلك قال لو افتيناه بمقتضى المذهب لسهل عليه ان يطا في رمضان كلما شاء ، ويعتق رقبة او يطعم ستين مسكينا ، ولذا افتى بالاشد وهو الصيام ورغم ان القضية التي افتى فيها بغير مذهب مالك يمس جانبها الاساسي العقيدة الدينية من الثواب والعقاب ولها صلة بالاخلاق العامة وهو ميدان ادق خطورة من المعاملات العادية التي لا يدعو الخروج عن المذهب الا الى نقاش بيزنطى ، لان التشريع الاسلامي يعتبر بالدرجة الاولى علل القضايا لمصالح المجتمع ولتحقيق العدالة ، ولذا تشعبت تلك الاقوال حسب ادراك اسبابها .

انفاضة محدودة في التشريع المغربي :

ونعنى بهذا تبويب مدونة الاحوال الشخصية التي يظهر من مطالعتها ، ان المشرع المغربي يتوفر على تحرير من الافكار الضيقة التي غرستها عليه تلك الاساءة لفهم اسرار التشريع الاسلامي من حيث مضمونها ، ومن حيث المردود الاكيد في اختيار ما هو الاصلح للامة حسب تطور اسلوب الحياة العامة ، ويتتبع بنود التشريع الواردة في مدونة الاحوال الشخصية يتضح ذلك التحرر ، فقد خرج عن اقوال

ثقافتهم الشخصية واستنتاجاتهم الخاصة ، وهو ما يؤدي في النهاية الى وجود عدد من الحقوق الطبيعية بقدر عدد الباحثين ، نظرا لان كل واحد منهم يذهب في تحريه مذهبيا خاصا به) .

واذا ساد الاعتقاد بأن الفقهاء قالوا بسد باب الاجتهاد بعد آخر المجتهدين الذي هو الامام محمد بن جرير الطبري (17) المتوفى عام 310 هجرية ، وفسر ذلك بأنه سد لباب التشريع المتجدد بتجدد الحياة ، فان هذا التفسير ليس بصحيح ، بل الاجتهاد الذي قيل فيه ذلك هو الاجتهاد المستنبط من الكتاب والسنة ، فرارا من استعمال الاهواء بعد ما تمزقت اقطار الاسلام طرائق تلمس امراؤها مستندات لدى الفقهاء بصفتهم اهل الحل والعقد للاحتجاج بها حسب تلك الاهواء (18) مع انحطاط ملكة الفقهاء المتأخرين فيما يخص آلات الفهم لاسرار التنزيل في احاطتهم بأسباب النزول ، وادراك بلاغة القرآن ادراكا بدعيا مع التبحر في اللغة العربية سليقيا ، ومعرفة الناسخ والمنسوخ وغير ذلك .

أما الاجتهاد المذهبي وهو الذي يهتم التشريع بالدرجة القصوى فيبقى مسترسلا ، وقد اعتمد الفقهاء المتأخرون من الاقوال الراجح والمشهور وما به العمل ، وقد تبعهم في ذلك اولياء الامور ، فحرموا على القاضي ان يحكم بغير ما ذكر من الاقوال .

ويضمنون ذلك في ظواهر تولية القضاة ، وذلك ليكسب هذا التشريع صفة الالتزام التي هي احد شروط العمل بالقوانين المطبقة على الامة التي يتولد عنها حماية الحقوق الطبيعية التي هي العدالة نفسها . كما ان الاجتهاد القضائي يرجع احد الاقوال ويعتبر اساسا من اسس التشريع ، ولذا نجد في كتب النوازل الفقهية عبارة « وبه كان القضاء في الاندلس مثلا او في المغرب او غير ذلك » .

هل الخروج من المذهب المقلد وارد :

الواقع ان هناك سوء فهم متداول فيما يخص التصرف في التشريع ضمن المذاهب فيما عدا ما لم يحدد فيه القرآن او السنة بالنص احكامه التي تكون غير خاضعة للتأويل مثل الشهادة « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » والطلاق « الطلاق مرتان » فامسك معروف أو تسريح باحسان » والزواج « فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايما نكم » والميراث

قانون المرافعات في التشريع الاسلامى :

هذا هو الجانب الذى يعرف « بالحق المدنى » الذى يشمل المؤسسات الحقوقية ، عينية او مالية او أدبية او تجارية او شخصية التى تهتم الفرد او الأسرة ، قد مارسه فقهاء التشريع الاسلامى من العهد الاول للإسلام ، - أى فى ظرف 13 قرنا الى أن فرض الاستعمار على الاقطار الاسلامية تحت غزوه الفكرى قوانين لم يدونها هو نفسه الا خلال القرن 19 الميلادى والنصف الاول من القرن العشرين .

اما قانون المرافعات ، فان أقدم قانون للمرافعات المعتبر أساسا فى هذا الميدان ، ما جاء فى رسالة سيدنا عمر بن الخطاب الى موسى الأشعري عبد الله بن قيس لما ولاه القضاء اذ قال : (24) فان القضاء فريضة محكمة ، فافهم اذ أدلى اليك ، فانه لا ينفع تكلم لا نفاذ له ، آس بين الناس فى وجهك وعدلك ومجلسك ، حتى لا يطمع شريف فى حيفك ، ولا يياس ضعيف من عدلك .

والبينة على من ادعى واليمين على من انكر ، والصلح جائز بين المسلمين ، الا صلحا احل حراما او حرم حلالا .

لا يمنعك قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه نفسك ، وهديت لرشدك ان ترجع الى الحق فان الحق قديم ومراجعة الحق خير من التماذى على الباطل .

الفهم الفهم فيما تلجلج فى صدرك مما ليس فى كتاب ولا سنة ، ثم اعرف الاشياء والامثال فقس الامور عند ذلك ، واعمد الى اقربها عند الله واشبهها بالحق .

واجعل لمن ادعى حقا غائبا امدا ينتهى اليه ، فان احضر بينته اخذت له بحقه ، والا استحللت عليه القضية ، فانه انفى للشك واجلى للعمى .

المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا فى حد ، او مجرب عليه شهادة زور ، او ظنينا فى ولاء او نسب .

القانون الجزائى :

اما الحق الجزائى فان التشريع الاسلامى اعاره اهتماما خاصا فى الكتاب والسنة وتوسع الفقهاء باحاطة ذلك بوسائل الاثبات والافتناع وتحخيص ملابساته تمحيصا تكفل بضمانات احقاق الحق وازالة كل لبس يكتنف كل حادثة من هذا النوع .

لما ذهب فى قضايا لها اهميتها من ناحية مصلحة الحياة المغربية ناعتمد مثلا مذهب الشافعى فى منع القاضى من تولى النكاح لنفسه ، ولأصوله ، وفروعه من البنات التى له عليها ولاية (20) واعتمد اقوالا خارج المذهب فى عدم لزوم الطلاق فى الحلف باليمين الحرام (21) ، واعتمد المذهب الشافعى فى تمتيع المطلقة مطلقا اذا كان الزوج هو المتسبب فى الطلاق (22) ، ومذهب الحنفية فى الحاق الولد بأبيه بمجرد العقد مع امكان الاتصال (23) ، الى غير ذلك من القضايا .

الا انه رغم ذلك فان المشرع المغربى لم يتحرر الى الدرجة التى ينبغى فيها يخص الاحوال الشخصية وذلك لانه لصالح الأسرة لم يفعل شيئا بالنسبة لتعدد الزوجات ولم يخط فيها الا خطوة بسيطة ، وهى انه نقل رقابة العدل بين الزوجات من الوازع الدينى للزوج الى الوازع القضائى ، بمعنى انه كلف القاضى بان يسهر على العدالة بين الزوجين ، وهذا لا يكفى ، لان الامر يهتم الأسرة فى الدرجة الاولى ، وعلى المشرع ان يحتاط بصورة فعالة ، وبالاخص ان المرأة المغربية لا زالت فى طور لا يسمح لها ان تسيطر على الموقف ، حيث تستشير القاضى فى جميع الاضرار التى تلحقها من جراء هذا التعدد ، ولذا تستمد على طرق اخرى لاثارة الشغب فى بيت الزوجية للانتقام من ضررتها ، بل ومن اولادها ، الامر الذى يجعل الأسرة فى جحيم ، على ان الضمانة الاخرى التى فرضها المشرع وهى للزوجة ان تشترط عدم الزواج عليها فى عقد النكاح ، غير كافية بتاتا ، وذلك لان غالبية النساء ، أصبحن على هامش الحياة ، وقد لا تجد المرأة زوجا اذا كبلته بشروطها وبالاخص ان الشباب عزف عن الزواج لما فتح امامه من آفاق متعة الحياة .

والواقع ان شيئا من الشجاعة فى تحكيم آية « فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم » ، مع آية « ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم » ، يكفى لوضع حد لتمييز الأسرة المغربية بهذا التعدد الذى اصبح كابوسه مخيفا على كل الأسرة وكان من نتائجه هذا السيل من حوادث الطلاق والنزاعات الزوجية وما يترتب عن ذلك من نفقات للاولاد وحضانتهم .

ولذا رأينا ان نستعرض هنا هذا النوع من الحقوق الجزائية مما يعتبر أصلا منها استدلالا على تلك المسؤولية وهي التي حددت لها في المصادر المشار اليها العقوبة القصوى .

ما هي الجريمة ؟ :

عرفها فقهاء التشريع الاسلامي « بأنها محظورات شرعية زجر عنها الشرع بحد وتعزير » .

وعرفها فقهاء القانون الوضعي « بأنها عمل او امتناع مخالف للقانون الجنائي ومعاقب عليها بمقتضاه » وكلا التعريفين واردان على معنى واحد ، فالمحظورات الشرعية هي نفسها العمل او الترك المخالفان للقانون ، وزجر الشرع عليها هو المعاقب عليها بمقتضى القانون ، اما الترتيب الذي نتج عنه تنوع الاختصاصات من حيث تنوع الجرائم الى مخالفة وجنحة وجناية ، فهو ليس من جوهر التعريف ، وانما ترتيب تنظيمي تشير اليه اصول التشريع الاسلامي الذي اعتمد من جملة ما اعتمد من المصادر الاصلية قاعدة الاستصلاح ، كما اسلفنا ، فان مثل هذا التنظيم مبدا عملي يقتضيه تطور الاعراف القضائية ، واولى بالاعتناء بهذا الترتيب المشرع الاسلامي .

واذا كانت الجرائم تتميز بعقوباتها ، فان هذا التشريع ميزها ايضا بتحديد العقوبات ، وعدم تقديرها فنوعها الى قصاص وحدود وتعزير ، كما هو الشأن في التشريع الوضعي مع الاتفاق على ان تنفيذ العقوبات على الجرائم ، هي من اختصاص الدولة ، فالتشريع الاسلامي يعبر بأن الامام هو الذي يقوم بالتنفيذ ، وان الفتات على ذلك يعزر على ذلك الامتياز والامام هو السلطة الشرعية العليا في البلاد ، ينوب عنه نوابه ، اما في القانون الوضعي ، فقد ذكر فقهاؤه ، بان الحقوق الجزائية هي مجموعة من القوانين التي تنظم تطبيق العقاب اى من قبل الدولة .

القصاص :

وهو اعظمها ، ويعرف في كتب الفقه ايضا بالقتل ، وذلك لان العرب كانت تقود الجاني بالجلل من عنقه وتسلمه لاولياء المجنى عليه ، فسمى قودا ، الا ان كلمة القصاص اصدق في الموضوع ، لانها تستشعر المساواة بين القاتل والقتيل وبين الجارح والمجروح

والضارب والمضروب ، وبين الاعضاء التي تعرضت للجرح ومن هذه الكلمة اخذت لفظة المقاصة بضم الميم ، لانها كما عرفها الفقهاء ، تطارح المتدائنين دينهما المتفقين جنسا على ان يأخذ كل منهما ما في ذمته في مقابلة ما في ذمة صاحبه وهي ذات صور بلغت في الفقه ثمانية ومائة من ضرب ثلاثة وهي العين والعرض والطعام في ستة وثلاثين ، فكما تشترط المساواة في القصاص ، كذلك تشترط في المقاصة .

ومن تتبع قضايا الجرائم التي تستوجب القصاص ، يتبين ان اعلاها القتل وادناها الضرب بالبدرة ، وبينهما القصاص في الاطراف ، بشرط ان لا تقضى الى الموت ، وان لا قصاص الا بعد البرء ، وان يكون القتل عمدا عدوانا ، ففي الاول ورد قوله تعالى : « كتب عليكم القصاص في القتل » الخ . ومن الثاني ثبت ان عليا ضرب رجلا بيدته ، فاقام عليه حجة لدى الخليفة عمر فحكم له بالاعتصاص ، اما القصاص في الاطراف ، فقد قال تعالى : « والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن » الخ . وقد اتفقت التشريعات الاخرى على الاعتصاص في النفوس ، بشرط القتل العمد مع سبق الاصرار ، او التريص ، اما في الاطراف ، فقد استبدل بالسجن ، (الفصل 400 وما بعده الى 404 من القانون الجنائي المغربي) مثلا .

حكمة مشروعية القصاص :

ولم يغفل الشارع ان يشير الى حكمة هذه العقوبة ، فقال تعالى : « ولكم في القصاص حياة » ومعنى الحياة في القصاص ، مع انه الاعدام ، وهو موت لا حياة ، ان المرء ، اذا علم انه اذا تعدى وقتل يقتص منه لا محالة ابتعد عن جريمة القتل واحجم عن فعلته .

وبذلك ضمن لنفسه ولمن اضر قتله الحياة ، وذلك وقاية في حدوث جرائم القتل ، ولذا قيل ان الآية ابلغ من قول العرب القتل انفى للقتل ، لان لفظة القتل عامة وليست خاصة بقتل الجاني قصاصا كما في الآية .

اما ما يتبادر الى الفهم في قوله تعالى « كتب عليكم القصاص في القتل » الخ بالحر والعبد بالعبد والانثى بالانثى « ان كل صنف يقتل بصنفه فقط ، مما يبدو وكأنه عنصرية ، لان الحر لا يقتل الا بالحر مثلا فان ذلك ليس بالمراد ، بل المراد من الآية ، اسقاط

لطمه أو وكزة أو حجر أو عصي فمات عاجلا أو مغمورا ولم يتكلم الى أن مات .

سادسا : القسامة وهي اداء اولياء الدم المتعددين خمسين يميناً ، بشرط ان يكون هناك دليل على القتل ، الا انه لا يصل الى درجة الادلة المتقدمة من الاعتراف والعدول ، وهذا الدليل (ا) عدل واحد شاهد ما تقدم (ب) لفيف من الشهود كثير (ج) ان يقول القاتل في النزاع الاخير مع التمييز ، دمي عند فلان (د) ان يشهد عدل او اكثر من انهم راوا المقتول يتخبط في دمه والقاتل معه وعليه اثر القتل ، الا انهم لم يعاينوا فعل القتل ، وهذه هي أسس التحقيق في هذه الجريمة التي تستوجب القصاص ، وهناك تدقيقات هامة في سير التحقيق لاجل التحري لاثبات موجبات القصاص .

حد البغى :

فالبغى هو التمرد على نظام البلاد الذي به تستقر اوضاعه والتي اذا اثرت الفتنة حصلت للامة آفات ومهلك ، وهي جريمة توجب القتل ، اى الاعدام ، لقوله تعالى : « فان بغت احداها على الاخرى فقاتلوا التي تبغى حتى تنفي الى امر الله » ، وقد حددت السنة العقوبة بتدقيق ، فقال (صلعم) (الا من خرج عن امتي وهم جمع فاضربوا بالسيف عنقه كائنا من كان) .

حد قطع الطريق :

من المعلوم ، ان قطع الطريق مفسدة واخلال بالامن العام ، فاذا لم تحدث ضد مرتكبيه عقوبات شديدة اثر ذلك في الامة ، وربما فتق الفتوق فيها ، وهكذا يصبح النظام مختلا ، ولذا قرر فيها الشارع عقوبات شديدة ، فقال تعالى : « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض » ، والفقهاء : حكموا كلمة « او » الواردة في الآية والتي هي للتنوع ، فقال ان قاطع الطريق اذا قتل شخصا وهو قوله « ان يقتلوا » واذا قتل وسرق معا قتل وصلب وهو قوله « او يصلبوا » واذا سرق المال فقط تقطع يده اليمنى ثم اذا كرر تقطع رجله اليسرى وهو قوله « او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف » ، واذا كان مجرد عمله تخويف الناس بالقتل والسرقة ، نفى عن البلد

لعادة الجاهلية التي كانت تأخذ بالنار ، فاذا كان المقتول من قبيلة رفيعة والقاتل من قبيلة وضيعة ، طلب اهل المقتول دم حر في عبد ودم رجل عن دم امرأة ودم حرين عن دم حر واحد وطلبوا في الجراح عضوين او اكثر رد الله عليهم بأن لا فضل لدم على دم وقد بين الله آية اخرى ما كان كتبه على بنى اسرائيل في التوراة ، قال : « وكتبنا عليهم فيها ان النفس .. الخ » وهي آية تفصيلية وان وردت في بنى اسرائيل ، فان شرع من قبلنا شرع لنا .

التحقيق في الجرائم التي تستوجب القصاص :

ولاجل تشخيص هذه الجرائم التي يترتب عليها لقصاص احتياط المشرع احتياطا كبيرا واشترط في التحقيق مسطرة هي بمثابة المسطرة الجنائية .

اولا : ان يحصل الفعل المادى من قتل او جرح او ضرب مقرون بالعمد العدوانى ، اى سبق الاصرار او التريص ، والفعل المادى سواء كان بالضرب او التخنيق او التقتيل او منع الطعام او طرح غير محسن العوم في البحر او النهر او وضع مزلق في الطريق او اتخاذ الكلب العقور الى غير ذلك مما يترتب عنه اتلاف النفس او العضو .

ثانيا : ان يوجد القاتل في حالة بلوغ وعقل وان يكون مماثلا للمقتول في الحرية والاسلام والدم ، فلا يقتل حربى قتل مسلما في موقعة حرب ، ثم اسلم — اى الحربى — واراد اولياء القاتل ان يقتلوا ، كما لا يقتل مسلم بكافر ، لان الكافر غير معصوم الدم .

ثالثا : ان يوجد المقتول في حالة عصمة الدم ، فلا يقتل مسلم قتل مرتدا عن الاسلام او قتل زانيا محصنا كما انه لا يقتل من قتل من وجب عليه القصاص ، اى بعد صدور الحكم عليهما واستكمال مراحل الطعون ، الا انه يعزر — اى يعاقب في الاخيرتين معا لانه افتات عن الامام — اى السلطة العليا للبلاد .

رابعا : ان يحصل الاعتراف من قاتل بالغ عاقل طائع ، فلا يترتب القصاص عن اعتراف قاصر او مجنون او مكره على الاعتراف بالضغط ووسائل التعذيب .

خامسا : او ان يشهد عدلان (يلاحظ ان لفظ العدل مأخوذة من العدالة فليس المراد مجرد شخص منتصب للشهادة الذي يعتبر في الواقع من اللفيف) بمعانتهما للقتل او بمعانتهما بضربه وان يقضيه او

حد الردة :

الردة والعياذ بالله ، تنكر للإسلام وفضائله وخروج منه بعد الاعتناق أو بالفطرة حينما يولد فيه ، والردة استخفاف بالإسلام وطعن فيه ، وإذا كانت آية « ومن يرتدد منكم دينه فيمت وهو كافر » ، نصت على الموت كافر ، ولم تتعرض للعقوبة القضائية ، فإن الحديث الآتي ، بين العقوبة بتدقيق وهو قوله (صلعم) « من بدل دينه فاقتلوه » .

حد السارق :

هذا الحد يتمثل في قطع اليد اليمنى للسارق لقوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » وذلك في المرة الأولى ، فإذا كرر السرقة تقطع رجله اليسرى ، لأنه لم يرتدع ، وذلك لأن السرقة خيانة ذميمة ومع ذلك فإن المراد لتشريع هذه العقوبة ، هي توغير أسباب الطمأنينة والسعادة بين المتساكنين ، فمتى كانت النية في اقالة هذا الحد ، ابتعد الخائنون عن الخيانة ، ولهذا لم يعتبر الشارع قيمة الشيء المسروق ، بل الاعتبار حصول الخيانة ولو بربع دينار ، وتقديما حاول بعض المعتنين ، أن يتشكل قيمة المسروق التي تقطع فيها اليد التي هي نفسها إذا قطعت خطأ استوجبت الدية ، مثل دية النفس كاملة ، فأجيب بالبيت الآتي :

هي الامانة اغلاها وارخصها

ذل الخيانة فافهم حكمة الباري

حد الزنى :

بما أن الزنى مفسدة تعكر صفو المجتمع وتختلط به الانساب ، فإن التشريع الاسلامي اعتبرها جريمة يعاقب عليها بالنسبة لحالة الزانى والزانية ، ففرق بين المحصن وغير المحصن من كلا الجنسين ، ففي الثاني قال تعالى : « والزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » اما الاولى فقد قرر الرسول (صلعم) عقوبتهما بالرجم ومدار شرعية عقوبة الزنى هو سد ذريعة اشاعة الفساد واختلاط الانساب وهي خيانة للأسرة .

وفي نظر التشريع الاسلامي ، انها من الدعاوى العمومية التي للحق العام أن يتدخل فيها تلقائيا ، نظرا لما ذكر ، اما في التشريع القانوني ، فقد اعتبرها تارة كذلك ، حيث شرع متابعة الزانى غير الزوجين (الفصل

490 من القانون الجنائي المغربي) وتارة اعتبرها حقوقا شخصية يصح التنازل عنها من طرف احد الزوجين الفصل 492 من نفس القانون المشار اليه .

الا انه من الجدير بالاعتبار في التشريع الاسلامي ، ان فاحشة الزنى شدد في اثباتها تشديدا لا يكاد يحصل الا بالاعتراف الطوعي ، اذ اشترط في اثباتها بغير الاعتراف شروطا لا يمكن الحصول عليها ، فاشترط عدولا اربعة يعاينونها قال الفقهاء كالمروء في المكحلة ، والمروء هو عود الاكتحال عند النساء ، والمكحلة هي غلبة الكحول ، وقد وضع الشارع هذا التشديد للقاعدة « ادعوا الحدود بالشبهات »

حد القذف :

ذلك راجع الى صون اللسان من تلويث اعراض الغير ، وكلها مرجعها الى الاخلاق الحميدة ، والمعايشة السلمية ، ولذا جعل لمن اطلق لسانه في الغير بدون حجة ، عقوبة القذف ، فمن رمى محصنا وهو الذي احصن فرجه بالزواج بالزنى ، فعليه ان يقيم الحجة التي تتمثل في اربعة شهود ، والا استحق العقوبة التي ذكر الله في قوله : « والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » ، ويقاس على المحصنات المحصنون من الرجال لعدم الفارق فيما بينهم .

هذا اذا كان الرمي بالزنى من غير الزوج ، اما فيما بين الزوجين فالطريق المشرعة هي طريقة اللعان ولا عقوبة فيها .

التعزيرات :

وعدا هذه الجرائم السبع ، التي وردت النصوص الشرعية في عقوباتها ، فهناك ابواب اخرى تتناول الجرائم ، وسميت عقوباتها تعزيرات ، وكل المشرع امرها الى السلطة القضائية ، ولذا لا توصف بأنها حدود او قصاص ، بل هي عقوبات زجرية وفي هذا الباب تدخل جميع العقوبات التي لم ترد في النصوص المتقدمة وقد فرغ الفقهاء على ذلك مسائل استوعبت الاقضية التي تحدث عملا بقول عمر ابن عبد العزيز « احدثنا للناس عقوبات بقدر ما احدثوا من الجرائم » .

ومع ذلك فان بعض الحنفية قد بلغوا في التعزير

الى القتل

وباب التعزير هذا مفتوح لشمولية جميع العقوبات التي لم ترد في النصوص وقد أوسعها الفقهاء استيعابا ، فكتاب تبصرة ابن فرحون مثلا يعتبر مثالا لتتبع فروع هذه العقوبات من سجن وضرب وتعزير .

وبعد :

فإذا كان الفقه الاسلامي بهذه المثابة ، من المصادر الغنية التي تتطور تطور الحياة ، اجتماعيا واقتصاديا وحضاريا ، بل وسياسيا ، وكان المستنبطون الأوائل ، والدارسون من بعدهم ، من محول فقهاء الامة الاسلامية في مختلف العصور والاقطار ، ومن ضمنهم فقهاء المغرب ، الذين عكفوا — احتسابا — على تتبع الجزئيات في المتون والشروح والنوازل ، وافنوا في ذلك اعمارهم ، مع قلة الامكانات ، التي اضطرت الشيخ بناني صاحب الحاشية على الزرقاني على فقه الشيخ خ . ان يكتب معظم حاشيته على ضوء سراج ضريح مولاي ادريس بفاس بفنائه الخارجي ، لعدم توفره على زيت قنديله .

وإذا كان توحيد المذاهب في مدونة واحدة ، كان مقصد احد عظماء الدولة العباسية ، عند ما قال المنصور العباسي للامام مالك « اجعل هذا العلم علما واحدا (25) وهو زمن لم تتوفر فيه هذه الخصوبة في المصادر والآراء التي عليها الفقه الاسلامي الآن .

وإذا كانت دولة الموحدين في المغرب كان لها نفس القصد ، عند ما عزم السلطان يوسف بن عبد المومن على توحيد المصادر الشرعية في قول واحد في كل جزئياته حسبها حكاه أبو بكر الجد الذي دخل عليه واستشاره في ذلك ، فأشار عليه بالاختصاص بالمصدر الواحد ، قائلا هذا أو هذا مشيرا الى الكتاب والسنة والسيف .

هوامش

وإذا كان ذلك كله فانه من الغرابة ان تقعد همة هذا الخلف من الفقهاء عن متابعة نفس المسيرة في تطوير الفقه الاسلامي ، وبلورة طريقة التأليف حسب تطور الحياة ، وعلاقتها بالانظمة السائدة ، في عصر يعتمد على التقنية في كل شيء ، وذلك بصياغة الفقه الاسلامي في قالب مستساغ لدى أنظمة العصر ، وذلك بتحيصه في شكل بنود منتقاة من تلك الآراء مسبوكة في نظريات جميع المذاهب ، التي تهدف الى فصل القول في كل نازلة ، مقارنة ذلك بما استجد من القوانين التي لا تتنافى ومقاصد الشريعة السمحاء ، كما فعلت اللجنة التي فحصت مدونة الاحوال الشخصية والتي تربت المصادر الى ذهن القضاة والمتقاضين رغم انها تمس الاخلاق العامة ، ولها مساس بالمبادئ الدينية من نكاح وطلاق ومحاجر وغيرها .

فكان الاغراض الاخرى من بيوع ورهون ومزارعة ومساقاة وقراض مثلا اسهل سبكا في رأي واحد تلك جزئية .

على ان عصر المغرب الحاضر يتمتع بميزة خاصة حباه الله بها في شخص عاهله العظيم جلالة الحسن الثاني ، الذي اهله بمواهب فكرية ، وعزيمة فولاذية مقرونة بالتوفيق وحسن الطالع نابعين عن عقيدة اسلامية راسخة .

فلو عمل فقهاؤنا الذين هم البقية طبق احياءاته السديدة لاستجابوا لاحاسيسه الوقادة في تنظيم شؤون الفقه الاسلامي بصورة عصرية مشرفة ، ولوجدوا منه تبريكا ، وكانوا له عوناً على حفظ هذا المجد الخالد ، والتراث الغالي الذي اوشك ان يسقط في هوة الضياع بسبب قصور الهمم .

طنجة — الحاج احمد البوعياشي

(1) صحيح مسلم ج 15 ص 118 المطبعة المصرية بشرح النووي .

(2) جاء في اعلام الموقعين ج 1 ص 62 مطبعة السعادة بمصر « كان ابو بكر الصديق اذا ورد عليه حكم ولم يجد حكمه في الكتاب والسنة ، جمع رؤساء الناس فاستشارهم فاذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به وكذلك عمر ه . باختصار .

(3) عقد له الامام البخاري بابا مستقلا فقال « باب من شبه اصلا معلوما بأصل مبين وقد بين النبي (صلى الله عليه وسلم) حكمها ليفهم المسائل » .

- (4) حتى الشافعي الذي أنكره ، رجع اليه واستحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهما واستحسن الشفعة للشفيع الى ثلاثة أيام ، واستحسن في السارق الذي قطعت يده اليسرى غلطا أن لا تقطع يميناه ، (أصول الفقه الاسلامي لزكى شعبان) .
- (5) انظر الاعتصام للشاطبي ج ثاني ص 138 مطبعة السعادة .
- (6) واعتمده المالكية بحماس حتى قال أصبغ عن ابن القاسم عن مالك « أن تسعة أعشار العلم الاستحسان »
- (7) حسب قول ارشاد الفحول ج ثالث ص 42 المطبعة الرحمانية « أن علماء جميع المذاهب يكتفون بمطلق المناسبة ولا معنى للمصالح المرسلة الا ذلك » .
- (8) جاء في الموافقات ج ثالث ص 22 أن مالكا كان يهمل الخبر الواحد اذا عارض أصلا قطعيا ، ومن الأصول القطعية عنده أصل رفع الحرج ، وأصل سد الذرائع للذان يعبر عنهما بالمصالح المرسلة » .
- (9) في مقدمة ابن خلدون ص 375 المطبعة الازهرية « وأما الإمام مالك فقد اختص بزيادة مدرك آخر للاحكام غير المدارك المعبرة عند غيره وهو عمل أهل المدينة » .
- (10) في صحيح البخاري ج خامس ص 310 « بسبب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والأجارة والكيل والوزن وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة » .
- (11) فمعنى التتابع ، أي تتابع عليه القوم في أساس البلاغة « طار القطا عرفا » أي متتابعة ومنه قوله تعالى : « والمرسلات عرفا » .
- (12) في فتح الباري ج خامس ص 310 عن البخاري عن القاضي الحسن الشافعي « أن الرجوع الى العرف إحدى القواعد الخمس الذي بنى عليها الفقه » .
- (13) المتوفى 751 هـ 1356 م شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الدمشقي الحنبلي الأصولي المحقق عرف بابن قيم الجوزية منسوب الى مدرسة الجوزية بدمشق ، كان والده قيما عليها ، وهو تلميذ ابن تيمية الإمام الأعظم شيخ الأئمة المتوفى 728 هـ 1327 م .
- (14) ترتيب المدارك وتقريب المسالك للقاضي عياض ج ثالث ص 379 طبعة وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية المغربية .
- (15) المصدر نفسه .
- (16) المتوفى 172 هـ 798 م . صاحب أبي حنيفة ، أول من دعى بقاضي القضاة ، وهو يعقوب بن ابراهيم النصراني كان فقيها مجتهدا فاضلا تولى القضاء لثلاثة من الخلفاء العباسيين : المهدي والهادي وهارون الرشيد .
- (17) ابن جرير الطبري الأملي صاحب التفسير الكبير وتاريخ الامم والملوك قال الخطيب البغدادي ، « كان ابن جرير يحكم بقوله ، ويرجع الى رأيه لمعرفته وقضاه ، حافظا للعلوم ما لم يشاركه فيه أحد من أهل عصره » .
- (18) ولهذه العلة أنكر فحول العلماء ادعاء الاجماع ممن لم يكن أهلا له ، حتى قال أبو يوسف « أهل الحجاز يقضون بالقضاء ، فيقال لهم ممن ؟ فيقولون بهذا جرت السنة ، وعسى أن يكون قضى به عامل السوق أو عامل جهة من الجهات (كتاب الام ج رابع ص 303) »
- (19) ترتيب المدارك وتقريب المسالك ج ثالث ص 388 وخالفه أيضا في اليمين مع الشاهد وخالفه في كراء الأرض بما يخرج منها على مذهب الليث .
- (20) الفصل 10 الفترة الثالثة منها .
- (21) الفصل 50 منها .
- (22) الفصل 60 منها .
- (23) الفصل 85 منها .
- (24) ذكرها الإمام أحمد في مسنده والدارقطني في سننه .
- (25) نقلا عن الإبحاث السامية في الاحكام الاسلامية ج اول ص 74 .